

Sygn. akt: KIO 361/12

WYROK

z dnia 27 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Bogdan Artymowicz

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **21 lutego 2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Alicję Brzozowską ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, Leszka Brzozowskiego ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, ul. Kostrzyńska 20, 61-042 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o. o. ul. Marii Skłodowskiej - Curie 73, 87-100 Toruń**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Alicję Brzozowską ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, Leszka Brzozowskiego ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, ul. Kostrzyńska 20, 61-042 Poznań**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie:

siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Alicję Brzozowską ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe, Leszka Brzozowskiego ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe, ul. Kostrzyńska 20, 61-042 Poznań**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Alicji Brzozowskiej ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe, Leszka Brzozowskiego ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe, ul. Kostrzyńska 20, 61-042 Poznań** na rzecz zamawiającego: **Kujawsko-Pomorskich Inwestycji Medycznych Sp. z o. o. ul. Marii Skłodowskiej - Curie 73, 87-100 Toruń**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na " Zakup i dostawę wyposażenia dla wybudowanego Pawilonu łóżkowego wraz z Izłą Przyjęć Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Bydgoszczy, postępowanie ZP/05/12, o wartości nieprzekraczającej równowartości kwot określonych przepisami wykonawczymi wydanymi na podstawie art. 8 ust. 11 ustawy Pzp, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1, poz. 26154 z 27 stycznia 2012 r., w dniu 21 lutego 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: Alicja Brzozowska ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, Leszek Brzozowski ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, działających jako spółka cywilna z siedzibą w Poznaniu, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 20 lutego 2012 r.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 16 lutego 2012 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRIBO Sp. z o.o., z siedzibą w Nowej Wsi Wielkiej.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Kujawsko-Pomorskim Inwestycjom Medycznym Sp. z o. o. w Toruniu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj. art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, z uwagi na brak przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie tego przepisu, a w konsekwencji naruszenie przepisu - art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz uchybienie przepisom art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert (najniższa cena).

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętych czynności wobec złożonej oferty,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert, a w jej wyniku nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej - w świetle przyjętego kryterium oceny ofert.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w dniu 16 lutego 2012 r. zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania na zakup i dostawę wyposażenia dla wybudowanego Pawilonu łóżkowego wraz z Izłą Przyjęć Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Bydgoszczy (znak sprawy ZP/05/12) -

pakiet nr 1. Zgodnie z treścią tego zawiadomienia, zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę - firmę TRIBO Sp. z o.o. z Nowej Wsi Wielkiej, jak też odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uzasadniając dokonaną czynność wystąpieniem przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczał, że kwestia prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy ZP/05-13/11, o której mowa w ww. piśmie, stanowi przedmiot sporu pomiędzy stronami, który to spór odzwierciedla korespondencja, którą załączył do odwołania.

Przedstawiając swoje stanowisko w sprawie, odwołujący wyjaśniał, że wartość szacunkowa zamówienia w postępowaniu, które zakończyło się zawarciem umowy nr ZP/05-13/11 z dnia 14 kwietnia 2011 r., została przez zamawiającego ustalona na kwotę 46 740,00 zł brutto. Jednocześnie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani zaoferować zmywarki przemysłowe w ilości 5 szt., o parametrach określonych w zestawieniu warunków i parametrów wymaganych, stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rynkowa wartość jednej zmywarki najbardziej zbliżonej do typu, opisanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Winterhalter UC-L) wynosi ok. 19 200,00 zł brutto (łącznie ok. 96 000,00 zł za 5 sztuk przewidzianych do dostawy), co oznaczało, w przekonaniu odwołującego, że przedmiot zamówienia został przez zamawiającego albo znacznie niedoszacowany, albo błędnie opisany. Brak jest bowiem na rynku zmywarek odpowiadających wymaganiom zamawiającego i jednocześnie mieszczących się cenowo w kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (46 740,00 zł brutto). Poza tym, odwołujący wskazywał, że na pakiet nr 13 poza opisanymi pięcioma zmywarkami składały się również witryny chłodnicze (6 szt.) oraz lodówki (3 szt.), zatem *de facto* kwota przeznaczona przez zamawiającego na zakup zmywarek była znacząco niższa od przeznaczonej na sfinansowanie całego pakietu nr 13. Odwołujący przekonywał, że według jego najlepszej wiedzy - na rynku nie jest dostępna zmywarka, spełniająca wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dalszej treści uzasadnienia stwierdził, że w złożonej ofercie zadeklarował dostarczenie zmywarek kuchennych Ardo typu DWT14LLY w ilości 5 sztuk za wartość brutto 8 875,98 zł, dzięki czemu cena ofertowa mogła zostać ustalona na poziomie odpowiadającym założeniom finansowym przyjętym w postępowaniu przez zamawiającego. Przyznał, że nie ulega wątpliwości, że zmywarki te nie odpowiadały wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ, zatem złożona oferta podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący argumentował, że nie odrzucenie tej oferty stanowiło istotną wadę postępowania, a skoro zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego i uznał ją za najkorzystniejszą, tym samym, usankcjonował ofertę o treści sprzecznej z treścią SIWZ, sugerując niejako, że w rzeczywistości chciał zamówić zmywarki kuchenne, a nie przemysłowe (co znajdowałoby potwierdzenie w wartości

szacunkowej zamówienia i w wysokości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia). W konsekwencji doszło do podpisania umowy.

W ocenie odwołującego, wskazana powyżej wada postępowania stała się decydującą przyczyną powstania sporu co do sposobu wykonania zamówienia, tj. sporu o to, jakie zmywarki odwołujący powinien dostarczyć zgodnie z umową. Zaznaczał, że stosownie do treści art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W świetle tego przepisu, zawierając umowę z zamawiającym, odwołujący zobowiązał się do dostarczenia zmywarek opisanych w swojej ofercie, która została przez zamawiającego zaakceptowana, zamawiający zaś nie miał prawa domagać się innych zmywarek niż opisane w ofercie odwołującego. Do chwili odmowy przyjęcia zaoferowanych zmywarek odwołujący utrzymywał, że miał pełne prawo sądzić, że zamawiający zaakceptował (tj. uznał za zgodną z treścią SIWZ) ofertę w takim brzmieniu, w jakim została ona złożona. Podkreślał, że nie może uwzględnić poglądu zamawiającego, według którego odwołujący zobowiązał się do dostarczenia zmywarek opisanych w SIWZ, za cenę zadeklarowaną w ofercie. Przyjęcie takiego stanowiska, według odwołującego, oznaczałoby, iż zamawiający chce przerzucić konsekwencji własnych błędów na odwołującego - próbując zmusić go do wykonania umowy wbrew treści art. 140 ust. 1 ustawy Pzp i z rażąco strata (wskutek różnicy w cenach zmywarek). W opinii odwołującego, oznaczałoby to, że zachodzi sytuacja zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 §1 Kodeksu cywilnego, a więc umowy nieważnej z mocy prawa.

W przeświadczeniu odwołującego, do podobnego wniosku - o zaistnieniu przesłanek do unieważnienia umowy - prowadzi także przyjęcie założenia przeciwnego, tj. uznanie, że przedmiotem umowy jest dostawa zmywarek opisanych w ofercie odwołującego (niezgodnych z wymaganiami SIWZ). Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej okoliczności, odwołujący wyraził przekonanie, iż umowa nie została i nie mogła zostać wykonana z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego: począwszy od błędnego oszacowania i/lub określenia przedmiotu zamówienia, przez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego, podpisanie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę o treści niezgodnej z treścią SIWZ, po domaganie się wykonania zamówienia - wbrew treści złożonej oferty. W konsekwencji odwołujący uznał stanowisko zamawiającego w sprawie odstąpienia od umowy z winy wykonawcy z dnia 29 czerwca 2011 za bezpodstawne i nieuprawnione, a także za bezprzedmiotowe, gdyż pismem z dnia 22 kwietnia 2011 r. sam odstąpił od przedmiotowej umowy ZP/05-13/11 - w związku z brakiem możliwości wykonania zamówienia. Fakt skuteczności tego odstąpienia, jak utrzymywał odwołujący, został przyznany przez zamawiającego w treści pisma z dnia 2 września 2011 r., stwierdzającym, że w dniu 22

kwietnia 2011 r. rzeczona umowa została rozwiązana przez odstąpienie. Późniejsze odstąpienie od umowy przez zamawiającego z dnia 29 czerwca 2011 r. poczytał odwołujący za bezprzedmiotowe, gdyż umowa uległa rozwiązaniu z dniem 22 kwietnia 2011 r. Tymczasem przepis art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy Pzp wymaga, by to zamawiający rozwiązał umowę o zamówienie publiczne, wypowiedział ją lub odstąpił od niej. W ocenie odwołującego - także omawiana przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie została spełniona przy podjęciu czynności zamawiającego. W konsekwencji przedstawionego wyводу, stwierdził, że w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

W odpowiedzi z dnia 27 lutego 2011 r. zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów. Ponadto wnioskował o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do złożonego pisma. W pierwszej kolejności wskazał, że zarzuty podniesione przez odwołującego nie zostały poparte dowodami, przy czym to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu okoliczności, z których wywodził skutki prawne, a zatem obowiązek wykazania zasadności stawianych zarzutów (art. 6 K.c). Przede wszystkim odwołujący nie załączył do przedmiotowego odwołania żadnych dokumentów, zwłaszcza kopii umowy, od której odstąpił zamawiający - na potwierdzenie swoich tez.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust 1 pkt 1a ustawy Pzp bezpodstawnego wykluczenia z postępowania na zakup i dostawę wyposażenia dla wybudowanego Pawilonu łóżkowego wraz z Izbą Przyjęć Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno - Zakaźnego w Bydgoszczy, wszczętego w dniu 27 stycznia 2012 r. uznał zamawiający za nietrafne. Abstrahując od faktu, iż odwołujący nie wskazał żadnych dowodów na poparcie tej tezy, zamawiający utrzymywał, iż argumenty podniesione przez odwołującego nie znajdują uzasadnienia w świetle dokumentów zgromadzonych w postępowaniu znak ZP/05/11. Odnosząc się do zarzutu złego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia - zmywarki - zamawiający nie podzielił poglądu odwołującego. Zaznaczał, że po wyborze oferty odwołującego, chcąc doprowadzić do pomyślnego sfinalizowania zawartej umowy, wskazał odwołującemu przykładowy model zmywarki, który spełnia wszystkie wymogi SIWZ, a której wartość rynkowa wynosi ok. 7 tys. zł/szt. (pismo zamawiającego z dnia 10 maja 2011 r., karta katalogowa zmywarki SILANOS 802133). Biorąc pod uwagę, iż zamawiający wymagał dostarczenia 5 sztuk zmywarek, o parametrach szczegółowo wskazanych w SIWZ, wartość łączna przedmiotu zamówienia w tej części wynosiła 35 tys. zł. Zatem w ocenie zamawiającego, kwota 46 740 zł. brutto na sfinansowanie całego pakietu nr 13 została oszacowana prawidłowo. Podkreślał, że oferta odwołującego nie była jedyną ofertą złożoną w tej części postępowania, zatem stwierdzenie, iż wszyscy wykonawcy składający ofertę

oferowali zmywarki niezgodne z postanowieniami SIWZ, gdyż rzekomo takie nie występują na rynku, uznał za zbyt daleko idące. Ponadto, w ocenie zamawiającego, zarzuty odwołania są co najmniej spóźnione, gdyż zaskarżenie treści SIWZ było możliwe na etapie postępowania ZP/05/11, z którego to prawa odwołujący (ani żaden inny wykonawca) nie skorzystał.

Odnosząc się do zarzutu nie odrzucenia oferty odwołującego, z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, zamawiający podkreślał, iż oferta ta była poddana badaniu przez komisję przetargową zgodnie z zasadami ustawy Pzp. Badając ofertę zamawiający mógł wziąć pod uwagę jedynie poprawność tych dokumentów załączonych do oferty, których wymagał oraz oceniać oferty wykonawców zgodnie z kryteriami wskazanymi w SIWZ. W tym zakresie komisja przetargowa orzekła jednogłośnie, iż oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. Co więcej, w tym samym postępowaniu, w części 7, odwołujący sam odmówił podpisania umowy, argumentując to tym, iż wskazana przez niego w ofercie cena, była wynikiem omyłki (pismo odwołującego z dnia 14 kwietnia 2011 r.).

Podkreślił, iż na wybór oferty odwołującego na część 13, żaden z pozostałych wykonawców nie złożył odwołania, w związku z czym zamawiający uznał, że jego czynność pozostaje zgodna z zasadami SIWZ i ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów odwołującego dotyczących przerwania na niego rzekomych błędów zamawiającego, zamawiający podnosił, iż w ofercie odwołujący wskazał wyraźnie, iż jest zdolny wykonać zamówienie, a oferowane przez niego wyposażenie spełnia wymogi graniczne stawiane w SIWZ. W zawartej między stronami umowie nie podano z nazwy wyposażenia, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż wykonawca dostarczy fabrycznie nowe wyposażenie dla Szpitala Obserwacyjno - Zakaźnego w Bydgoszczy, na warunkach określonych w tej umowie i zgodnie ze specyfikacją techniczną SIWZ. Zatem zarzuty, że zamawiający domaga się dostarczenia zmywarek innych, niż oferował odwołujący, nie znajduje uzasadnienia. Skoro bowiem odwołujący wskazał, że zaoferował urządzenia zgodne z wymogami specyfikacji technicznej to znaczy, że zaoferował urządzenia spełniające wymogi zamawiającego.

Odnosząc się do oświadczenia o odstąpieniu od umowy ze strony odwołującego, które to rzekomo nastąpiło w dniu 22 kwietnia 2011 r., zamawiający podkreślał, iż zgodnie z zawartą umową - odwołującemu nie przysługiwało takie uprawnienie. Natomiast zgodnie z art. 491 Kodeksu cywilnego, jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy (...). Oświadczenie odwołującego z dnia 22 kwietnia 2011 r. zawierało wyraźne stwierdzenie, iż z przyczyn zależnych od niego - niedoszacowanie zmywarek, nie może realizować umowy. Zatem w przeświadczeniu

zamawiającego, biorąc pod uwagę, iż mimo tego, że starał się zapobiec odstąpieniu od umowy, miał on pełne prawo, a nawet obowiązek odstąpić od zawartej umowy, zgodnie z postanowieniami tej umowy i Kodeksu cywilnego. Późniejsze twierdzenia odwołującego, poczytał jako pozostające bez wpływu na fakt, jakim jest odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Bowiem w dniu 29 czerwca 2011 r. umowa przestała istnieć w obrocie prawnym, a jednostronne oświadczenia, przeczące wcześniejszym twierdzeniom odwołującego, nie miały w tej sprawie żadnego znaczenia.

Wyjaśniał, że w prowadzonym od dnia 24 czerwca 2011 r. postępowaniu na dostawę mebli dla Regionalnego Centrum Stomatologii w Toruniu wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, czego odwołujący nie zaskarżył.

Konkludując, zaznaczył, że pozostaje na stanowisku, iż wszelkie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy Pzp zostały spełnione. Przede wszystkim łączyła go z odwołującym umowa w sprawie zamówienia publicznego, od której zamawiający skutecznie odstąpił. Ponadto, w świetle przedstawionego przez odwołującego pisma z dnia 22 kwietnia 2011 r., odstąpienie od umowy nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, a odstąpienie miało miejsce w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, z którego zamawiający wykluczył odwołującego. Bezsporne pozostaje między stronami, iż wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek odstąpienia od umowy wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 lutego 2012 r. w terminie ustawowym nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie dotyczy wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty, a więc jest dopuszczalne w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania w niniejszym postępowaniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami w postępowaniu oznaczonym ZP/05/11, oferty odwołującego w postępowaniu ZP/05/11, umowy nr ZP/05-13/11 z dnia 14 kwietnia 2011 r., korespondencji w sprawie odstąpienia od umowy, wydruku ze strony internetowej producenta Ardo zawierającego opis zmywarki DWT14LLY.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia w postępowaniu oznaczonym ZP/05/11 stanowiła dostawa wyposażenia dla wybudowanego Pawilonu łóżkowego wraz z Izbą Przyjęć Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Bydgoszczy sprawy ZP/05/11. Spór dotyczy części (pakietu nr 13) gdzie przedmiotem dostawy były: lodówki, zamrażarki, zmywarki.

Wykonawca zobowiązany był złożyć według punktu 9.2 SIWZ:

- ofertę na formularzu zał. nr 3 do SIWZ, obejmującą oświadczenie, że oferta w pełni spełnia wymagania SIWZ, oraz, że pod groźbą odpowiedzialności karnej załączone do oferty dokumenty opisują stan prawny i faktyczny, aktualny na dzień otwarcia ofert, (art. 233 K.k.).
- formularz cenowy według załącznika nr 4 do SIWZ,
- wypełnione i podpisane opisy oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z tabelami dołączonymi do SIWZ – zał. nr 5 (zestawienie warunków i parametrów wymaganych – specyfikacja techniczna).
- podpisany wzór umowy zał. nr 7 do SIWZ.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 5 do SIWZ.

Załącznik nr 4 formularz cenowy dla pakietu 13 zawierał opis:

1. witryna chłodnicza 6 sztuk,
2. lodówka 3 sztuki,
3. zmywarka 5 sztuk,

- należało podać ceny jednostkowe oraz wartość, określić typ urządzenia oraz wskazać producenta.

W opisie pakietu nr 13 według załącznika nr 5 żądane było dostarczenie zmywarek przystosowanych do mycia w zakładach żywienia zbiorowego, których graniczne parametry zostały opisane w 27 punktach, gdzie między innymi w punkcie 7, była wymagana wydajność mycia do 350 talerzy na godzinę.

W odniesieniu do pakietu 13, SIWZ była przedmiotem wyjaśnień na pytania wykonawców złożone do dnia 7.03.2011 r., gdzie na pytanie, czy zamawiający dopuszcza zmywarkę o większej mocy 6,4 kW, zamiast 5,8 kW, obecnie na rynku polskim nie są dostępne zmywarki wyposażone w pompę odpływu, wyświetlacz, system zmiękczenia wody, zasilany 400 W i o mocy do 5,8 kW? Odpowiedź brzmiała: jeżeli silniki indukcyjne zamontowane w zmywarce nie przekraczają mocy 0,55 kW, to wyrażamy zgodę na zmywarkę o mocy do 6,4 kW.

W punkcie 14 SIWZ ppkt 14.7 postanowiono zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych wzorów dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, poprawek lub dopisków).

Zamawiający nie żądał załączenia do oferty opisów producenta oferowanego sprzętu, co strony zgodnie przyznały.

W załączniku nr 7 do SIWZ - wzorze umowy, w § 9 zamawiający przewidział możliwość

odstąpienia od umowy:

- w razie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 145 ustawy Pzp,
- w razie niedotrzymania przez wykonawcę terminu na usunięcie wad.

Odstąpienie winno nastąpić na piśmie z uzasadnieniem pod rygorem nieważności, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach wyżej wskazanych.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

W zakresie pakietu nr 13 odwołujący zaoferował w załączniku formularza nr 4 dostarczenie zmywarek, producent: Ardo, typ DWT14LLY w ilości 5 sztuk za wartość brutto 8 875,98 zł. Cena całkowita brutto pakietu 13 w ofercie odwołującego wynosiła 25 204,98 zł.

W formularzu oferty wg załącznika nr 3 odwołujący podpisał się pod oświadczeniem, że niniejsza oferta w pełni spełnia wymagania SIWZ.

Ponieważ w pierwotnej dokumentacji oferty odwołujący nie przedłożył załącznika nr 5 opisu oferowanego sprzętu w pakiecie nr 13, zamawiający pismem z 4 kwietnia 2011 r. wezwał go do uzupełnienia dokumentów oferty. W określonym terminie odwołujący taki opis uzupełnił, m.in. w odniesieniu do zmywarek do kuchni oddziałowych, deklarując spełnienie wszystkich wyszczególnionych parametrów wyznaczonych przez zamawiającego w opisie technicznym. Załącznik został podpisany przez Alicję Brzozowską i Leszka Brzozowskiego, m.in. w pkt 6 złożył zapewnienie, że wydajność oferowanego sprzętu wynosi 350 talerzy mytych na godzinę.

W dokumentacji oferty odwołujący przedstawił niewymagany dokument – opis nieokreślonego producenta, podający niektóre parametry zmywarki DWT 14LLY.

Na część 13 zamówienia w postępowaniu oznaczonym ZP/05/11 została wybrana oferta odwołującego za cenę 25 204,98 zł, o czym zamawiający poinformował wykonawców w dniu 7 kwietnia 2011 r.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. strony zawarły umowę o realizację przedmiotowej części zamówienia nr ZP/05-13/11, w której w § 1 odwołujący zobowiązał się do dostawy fabrycznie nowego wyposażenie dla Szpitala Obserwacyjno - Zakaźnego w Bydgoszczy, na warunkach określonych w tej umowie (...) o parametrach technicznych i innych wymaganiach określonych w SIWZ oraz zgodnie z ofertą, które stanowią integralną część niniejszej umowy. W razie dostawy wyposażenia wadliwego lub niezgodnego z umową, zamawiający zastrzegł sobie prawo żądania ich wymiany (...) na zgodne z umową, w terminie 14 dni od ich zareklamowania.

Strony zgodnie przyznały, że około 3 dni po zawarciu umowy odbiorca w miejscu dostawy odmówił przyjęcia zmywarek jakie chciał dostarczyć odwołujący, albowiem oczekiwał, że będą to zmywarki przemysłowe, a nie kuchenne.

Odwołujący przyznał, że zmywarki Ardo DWT 14LLY, jakie zamierzał dostarczyć - są zwykłymi

zmywarkami kuchennymi do użytku domowego.

Odwołujący nie wyraził zgody na dostawę zmywarek przemysłowych w cenie złożonej oferty i pismem z dnia 22 kwietnia 2011 r. złożył oświadczenie woli, że ze względu na niedoszacowanie zmywarek zmuszony jest do odstąpienia od umowy z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr ZP/05-13/11.

Pismem z dnia 29 czerwca 2011 r. oświadczenie o odstąpieniu od przedmiotowej umowy złożył zamawiający, pisząc, że wobec niewykonania umowy z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr ZP/05-13/11 na dostarczenie zmywarek do Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Bydgoszczy, niniejszym na podstawie przepisu art. 491 § K.c. odstępujemy od umowy z winy wykonawcy i zgodnie z postanowieniami § 7 umowy naliczamy karę umowną w wysokości 1 260,25 zł. z tytułu niewykonania umowy. Zastrzegając jednocześnie możliwość naliczenia dalszego odszkodowania (...).

W piśmie znak 371/7/2011 z dnia 5 lipca 2011 r. odwołujący w następujący sposób tłumaczył fakt niezrealizowania umowy na dostawę zmywarek.

„1. Wartość szacunkowa zamówienia w postępowaniu, które zakończyło się zawarciem ww. umowy, została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 46.740 zł brutto. Jednocześnie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani zaoferować zmywarki przemysłowe w ilości 5 szt., o parametrach określonych w zestawieniu warunków i parametrów wymaganych, stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rynkowa wartość jednej zmywarki najbardziej zbliżonej do typu, opisanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Winterhalter UCH) wynosi ok. 19.200 zł brutto (łącznie ok. 96.000 zł za 5 sztuk wymaganych przez Zamawiającego w przetargu), co oznacza, że przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego albo znacznie niedoszacowany, albo błędnie opisany. Brak jest bowiem na rynku zmywarek odpowiadających wymaganiom Zamawiającego i jednocześnie mieszczących się cenowo w kwocie, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (46.740 zł brutto). Poza tym należy pamiętać, że na pakiet Nr 13 poza opisanymi pięcioma zmywarkami składały się również witryny chłodnicze (6 szt.) oraz lodówki (3 szt.), zatem de facto kwota przeznaczona przez Zamawiającego na zakup zmywarek jest znacząco niższa od przeznaczonej na sfinansowanie całego pakietu Nr 13. Wg naszej najlepszej wiedzy na rynku nie jest dostępna zmywarka, spełniająca wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. W złożonej przez nas ofercie zadeklarowaliśmy dostarczenie zmywarek kuchennych Ardo typu DWT14LLY w ilości 5 sztuk za wartość brutto 8.875,98 zł, dzięki czemu cena ofertowa mogła zostać ustalona na poziomie odpowiadającym założeniom finansowym przyjętym w postępowaniu przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że zmywarki te nie

odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, zatem nasza oferta podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieodrzućenie tej oferty niewątpliwie stanowiło istotną wadę postępowania. Zamawiający jednak nie dokonał czynności odrzucenia naszej oferty i uznał ją za najkorzystniejszą, przez co usankcjonował ofertę o treści sprzecznej z treścią SIWZ, sugerując niejako, że w rzeczywistości chciał zamówić zmywarki kuchenne, a nie przemysłowe (co znajdowałoby potwierdzenie w wartości szacunkowej zamówienia i w wysokości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia). W konsekwencji doszło do podpisania w/w umowy.

3. W naszej ocenie, wskazana powyżej wada postępowania stała się decydującą przyczyną powstania sporu co do sposobu wykonania zamówienia, tj. sporu o to, jakie zmywarki powinniśmy dostarczyć zgodnie z umową. Stosownie do treści art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W świetle tego przepisu, zawierając umowę z Zamawiającym zobowiązaliśmy się do dostarczenia zmywarek opisanych w naszej ofercie, która została przez Zamawiającego zaakceptowana. Zamawiający zaś nie miał prawa domagać się innych zmywarek niż opisane w naszej ofercie. Do chwili odmowy przyjęcia zaoferowanych przez nas zmywarek mieliśmy zatem pełne prawo sądzić, że Zamawiający zaakceptował (tj. uznał za zgodną z treścią SIWZ) naszą ofertę w takim brzmieniu, w jakim została ona złożona.

4. Nie możemy zaakceptować stanowiska Zamawiającego, według którego zobowiązaliśmy się do dostarczenia zmywarek opisanych w SIWZ, za cenę zadeklarowaną w naszej ofercie. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, iż Zamawiający chce przerzucić konsekwencje własnych błędów na naszą firmę jako wykonawcę, próbując zmusić nas do wykonania umowy wbrew treści art. 140 ust. 1 ustawy Pzp i z rażącą stratą (wskutek różnicy w cenach zmywarek). W naszej opinii, przyjęcie stanowiska Zamawiającego oznaczałoby, iż mamy do czynienia z umową o świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 §1 Kodeksu cywilnego, a zatem z umową nieważną z mocy prawa.

W tym miejscu należy zauważyć, że do podobnego wniosku - o zaistnieniu przesłanek do unieważnienia umowy - prowadzi także przyjęcie założenia przeciwnego, tj. uznanie, że przedmiotem umowy jest dostawa zmywarek opisanych w naszej ofercie (niezgodnych z wymaganiami SIWZ). Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

5. Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej okoliczności, zmuszeni jesteśmy stwierdzić, iż umowa nie została i nie mogła zostać wykonana z przyczyn leżących wyłącznie po stronie

Zamawiającego: poczynawszy od błędnego oszacowania i/lub określenia przedmiotu zamówienia, przez zaniechanie odrzucenia naszej oferty, podpisanie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę o treści niezgodnej z treścią SIWZ, po domaganie się wykonania zamówienia wbrew treści złożonej oferty. W konsekwencji uznajemy odstąpienie Zamawiającego od umowy z naszej winy za bezpodstawne i nieuprawnione. Za zasadne i właściwe uważamy natomiast uznanie przez Strony umowy, że umowa była nieważna od momentu jej zawarcia, względnie zwrócenie się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o wystąpienie do sądu o unieważnienie umowy w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.”

W odpowiedzi na wymienione wyżej pismo, pismem z dnia 29 lipca 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego, że podtrzymuje swoje stanowisko co do odstąpienia od umowy o dostarczenie zmywarek z winy wykonawcy.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2011 r. w odpowiedzi na powyższe, odwołujący stwierdził, „że jest i zawsze był gotowy do realizacji umowy zgodnej ze złożoną ofertą. Do wykonania umowy nie doszło wyłącznie z przyczyn leżących po Państwa stronie, a szczegółowe argumenty przedstawił w piśmie z dnia 5 lipca 2011 r. Ponowił swoje stanowisko, że art. 140 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Mając na uwadze, że cały czas podtrzymuje gotowość realizacji przedmiotu ww. umowy w zakresie zgodnym ze złożoną ofertą nie zachodziły przesłanki do wypowiedzenia przez Państwa umowy z naszej winy.”

W odpowiedzi pismem z dnia 2 września 2011 r. zamawiający poinformował, że „cofnięcie przez Państwa oświadczenia złożonego pismem z dnia 22 kwietnia 2011 r. nie jest już możliwe. Na podstawie złożonego wówczas oświadczenia umowa została rozwiązana przez odstąpienie. Co więcej, przedmiot rozwiązanej umowy stanowi obecnie odrębne zamówienie w innym postępowaniu przetargowym.”

Oprócz cytowanych wyżej pism, strony odbyły jeszcze spotkanie w dniu 5 maja 2011 r., w wyniku którego w piśmie z 10 i 11 maja 2011 r. zamawiający wskazał typ zmywarki, który by spełnił warunki opisu technicznego w SIWZ, a jest dostępny na rynku - zmywarka uniwersalna SILANOS 802133. Propozycji powyższej, doprowadzenia do realizacji zamówienia zgodnie z umową odwołujący nie zaakceptował.

Zamawiający wyjaśnił, że w wyniku odrębnego postępowania przetargowego dostawę zmywarek zrealizował inny wykonawca, a odwołujący w tym postępowaniu udziału nie brał.

W niniejszym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie oznaczonym ZP/05/12 na "Zakup i dostawę wyposażenia dla wybudowanego Pawilonu łóżkowego wraz z Izbą Przyjęć

Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Bydgoszczy, tj. dostawa i montaż mebli, odwołujący złożył ofertę z ceną 62 858,00 zł. Drugi z wykonawców TRIBO Sp. z o.o., który został wybrany do realizacji zamówienia złożył ofertę z ceną 77 498,10 zł.

Pismem z 16 lutego 2012 r. odwołujący został powiadomiony, że oferta firmy Alicja Brzozowska ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, Leszek Brzozowski ALBA Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe z siedzibą w Poznaniu została odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzucił ofertę ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał, że odstąpił od umowy nr ZP/05-13/11 zawartej 14 kwietnia 2011 r. z PPHU ALBA Alicja Brzozowska, Leszek Brzozowski s. c. w związku z nieprzystąpieniem do jej wykonania przez wykonawcę. Odstąpienie od umowy nastąpiło z winy wykonawcy, tj. skutkiem niedostarczenia przedmiotu umowy, co miało miejsce w okresie krótszym niż 3 lata przed wszczęciem niniejszego postępowania. Umowa od której odstąpiono została zawarta 14 kwietnia 2011 r., wszczęcie niniejszego postępowania – 27.01.2012 r., a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła nie mniej niż 5% wartości umowy (100% wartości umowy). Odrzucenie oferty odwołującego na podstawie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uzasadniając wystąpieniem przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę: TRIBO Sp. z o.o. z Nowej Wsi Wielkiej.

Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z postanowieniami art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej, określone przepisami tej ustawy przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia ponieważ złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza pod względem ustanowionego kryterium ceny. Odwołujący, mógłby ponieść szkodę, przez fakt pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia, jeżeli zarzuty naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy znalazłyby potwierdzenie Opisane wyżej okoliczności czynią

odwołującego legitymowanym do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia, należało ustalić czy w przywołanym wyżej stanie faktycznym sprawy, zachodziły przesłanki obligujące zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Zatem dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp niezbędne jest kumulatywne zaistnienie następujących przesłanek:

- a) rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego;
- b) rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy następuje z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;
- c) rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania;
- d) wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi, co najmniej 5% wartości umowy.

Z wymienionych wyżej przesłanek pozostawało bezsporne, że odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła, co najmniej 5% wartości umowy.

Przytoczony przepis nie definiuje na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, pojęć: rozwiązania umowy, wypowiedzenia umowy, czy odstąpienia od umowy. Należało więc w zakresie nieuregulowanym zastosować przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy K.c.

Bezspornie umowa z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr ZP/05-13/11 na dostarczenie zmywarek do Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Bydgoszczy miała charakter wzajemny w rozumieniu art. 487 ust. 2 K.c., strony zobowiązały się do świadczenia w taki sposób, że świadczenie jednej z nich miało być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Umowa tego rodzaju może zostać rozwiązana za zgodą stron, lub jednostronnie przez jej wypowiedzenie w sytuacjach przewidzianych w umowie lub w przepisie. Ponadto przez odstąpienie od umowy przez jedną ze stron, ze względu na okoliczności związane ze zwłoką w podjęciu świadczenia lub nienależytą jego realizacją na zasadach z góry określonych w

umowie, a także przewidzianych przepisem ustawy. Umowa stron wprawdzie przewidywała w § 9 możliwość odstąpienia:

- w razie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 145 ustawy Pzp.
- w razie niedotrzymania przez wykonawcę terminu na usunięcie wad,

przy czym odstąpienie winno nastąpić na piśmie z uzasadnieniem pod rygorem nieważności, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach wyżej wskazanych. Powyższe postanowienia umowne nie odnosiły się wprost do zaistniałej sytuacji. Zatem zastosowanie w zakresie nieuregulowanym w umowie znajdowały przepisy Kodeksu cywilnego.

Art. 491 § 1 K.c. stanowi, że jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Art. 560 § 1 K.c. stanowi, że jeżeli rzecz sprzedana ma wady, kupujący może od umowy odstąpić, lub żądać obniżenia ceny, chyba że sprzedawca niezwłocznie wymieni rzecz wadliwą na wolną od wad.

Umowa sprzedaży jest umową wzajemną, konsensualną, dochodząca do skutku w momencie jej zawarcia, a zatem w ocenie Izby, kupujący nie miał obowiązku przyjąć przedmiotu dostawy wadliwego – niezgodnego z opisem technicznym SIWZ, (oferty), a w następstwie i niezgodnego z umową.

W umowie nr ZP/05-13/11, w której w § 1 odwołujący zobowiązał się do dostawy fabrycznie nowego wyposażenie dla Szpitala Obserwacyjno - Zakaźnego w Bydgoszczy, na warunkach określonych w tej umowie (...) o parametrach technicznych i innych wymaganiach określonych w SIWZ oraz zgodnie z ofertą, które stanowią integralną część niniejszej umowy, postanowiono jednocześnie, że w razie dostawy wyposażenia wadliwego lub niezgodnego z umową, zamawiający zastrzega sobie prawo żądania ich wymiany (...) na zgodne z umową, w terminie 14 dni od ich zareklamowania. W piśmie z 10 i 11 maja 2011 r. zamawiający wskazał typ zmywarki, który by uznał za zgodny z opisem technicznym w SIWZ i w ofercie, a dostępny na rynku - w postaci zmywarki uniwersalnej SILANOS 802133. Odwołujący również nie wywiązał się z powyższego obowiązku umownego i nie zaproponował zamawiającemu innej zmywarki niż Ardo DWT14LLY, którą wskazał w formularzu nr 4 zał. do oferty.

Na gruncie przedmiotowego postępowania należało uznać, że przedmiot dostawy - przez którą rozumie się również sprzedaż (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp) był wadliwy i niezgodny z umową, ponieważ nie spełniał wymagań szczegółowych opisanych w załączniku nr 5 do

oferty, które według oświadczenia wykonawcy oferowana zmywarka miała spełniać – składających się na treść oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że skoro zaoferował zmywarki Ardo typu DWT14LLY w ilości 5 sztuk za wartość brutto 8 875,98 zł, który to symbol oznacza zmywarki kuchenne, a zamawiający ofertę przyjął, to jest to równoznaczne w oparciu o art. 140 ust. 1 ustawy Pzp z zaaprobowaniem tak określonego przedmiotu dostawy w umowie, gdyż jak stanowi ta norma zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Nie można było bowiem pominąć, że odwołujący dołączył wypełnione i opatrzone podpisem własnym opisy oferowanego przedmiotu zamówienia, deklarując spełnienie wszystkich wyszczególnionych parametrów wyznaczonych przez zamawiającego w specyfikacji technicznej. W formularzu oferty, złożył dodatkowe oświadczenie, że oferta w pełni spełnia wymagania SIWZ.

Powyższe świadczy, że dostarczenie zamawiającemu innego rodzaju zmywarek niż opisane w SIWZ i w ofercie stanowiło odstępstwo od oferty i od umowy, którego zamawiający nie mógł uwzględnić. Okoliczność, że odwołujący podał typ zmywarki i producenta – wskazujący na zmywarkę kuchenną, a nie na przemysłową, nie niweczy wszelkich innych deklaracji wykonawcy w złożonej ofercie. Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że w zawartej między stronami umowie nie podano z nazwy wyposażenia, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż wykonawca dostarczy fabrycznie nowe wyposażenie dla Szpitala Obserwacyjno - Zakaźnego w Bydgoszczy, na warunkach określonych w tej umowie i zgodnie ze specyfikacją techniczną SIWZ. Zatem zarzut, że zamawiający domagał się dostarczenia zmywarek innych, niż zaoferował odwołujący, nie znajdował uzasadnienia. Skoro bowiem odwołujący wskazał, że zaoferował urządzenia zgodne z wymogami specyfikacji technicznej to znaczy, że zaoferował urządzenia spełniające wymogi zamawiającego. Okoliczność, że dołączył do oferty wydruk ze strony internetowej producenta tego typu zmywarki, podający pewne jej parametry, w innym zakresie niż przedstawionym w specyfikacji technicznej, pozostawała bez znaczenia, również z tego względu, że jako dokument niewymagany - nie podlegał on badaniu.

Dodatkowo, w ocenie Izby, twierdzenia odwołującego, że mimo, iż potwierdził w pełni opis techniczny SIWZ swoim oświadczeniem, to jednocześnie zamierzał dostarczyć inne nieodpowiednie zmywarki, stanowiłyby asumpt do skorzystania przez zamawiającego z dyspozycji art. 88 § 1 K.c. - uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli o zawarciu umowy nr ZP/05-13/11, jako że zamawiający został wprowadzony w błąd przez odwołującego się wykonawcę, który w swoich pismach wprost przyznał, że świadomie podał oznaczenia zmywarki kuchennej, a nie zamawianej i opisanej w ofercie - przemysłowej.

Usprawiedliwieniem takich działań miałyby być, w przeświadczeniu odwołującego, zaniżenie szacunkowej wartości zamówienia przez zamawiającego na zapotrzebowane zmywarki. Argumentacja taka w żadnym stopniu, nie mogła zostać uwzględniona przez Izbę. Wykonawca składając ofertę nie ma obowiązku kierować się wartością przedmiotu zamówienia obliczoną przez zamawiającego, gdyż oferuje produkty po cenach rynkowych. W żadnym wypadku, nawet zaniżona wartość szacunkowa nie daje powodów, aby wykonawca w ofercie czynił odstępstwa od wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący jest podmiotem funkcjonującym w profesjonalnym obrocie gospodarczym, samodzielnie kalkulującym cenę oferty i ponoszącym związane z tym ryzyko gospodarcze, w tym musi liczyć się ze stratą na niedoszacowanym z jego strony kontrakcie, w oparciu o cenę za jaką podjął się realizacji zamówienia.

Należało również zważyć, iż przedłożenie stwierdzających nieprawdę dokumentów bądź nierzetelnych oświadczeń, nawet niezależnie od tego czy skutkowałyby one uzyskaniem zamówienia publicznego, stanowi przestępstwo określone w art. 297 § K.k. w związku z art. 305 K.k. (wyrok SN z 17 października 2006 r. sygn. akt WA 28/06).

Przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie była skuteczność odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr ZP/05-13/11 zawartej 14.04.2011 r. oraz okoliczność, czy przyczyny odstąpienia od umowy leżą po stronie odwołującego. Jak wynika z powyższej zacytowanego przepisu wykluczenie wykonawcy może nastąpić tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z sytuacją rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego. Należało również zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odwołuje się do instytucji prawa cywilnego. Zatem stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp, przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp, uwzględnić należało przepisy kodeksu cywilnego, art. 471 K.c. stanowiącego, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W ocenie Izby, oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez odwołującego z dnia 22 kwietnia 2011 r. było bezskuteczne, albowiem zamawiający nie dał dla tej czynności żadnych powodów, był gotów odebrać przedmiot oferowanej dostawy - zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia i zapłacić za niego umówioną cenę.

Natomiast po stronie zamawiającego wystąpiły uzasadnione przyczyny do odstąpienia od umowy, skoro odwołujący nie wywiązał się z niej w ustalonym terminie, ani nie zgodził się mimo zastrzeżeń zamawiającego, na dostarczenie przedmiotu zgodnego z umową. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego, w zaistniałych okolicznościach było

skuteczne, znajdowało normatywne oparcie i wywołało skutek prawny zniweczenia tej umowy od początku, z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Odwołujący uznając, że jest to argument przemawiający na jego korzyść wprost przyznał, że rodzaj zmywarek jaki usiłował dostarczyć zamawiającemu, odbiegał zasadniczo od opisanego w SIWZ, a zdaniem Izby, co wykazało postępowanie dowodowe, także od zadeklarowanego w ofercie.

Dokonany opis zmywarek w SIWZ nie był kwestionowany, zatem zarzut odwołującego, że zmywarka o opisanych parametrach technicznych nie mogła być dostarczona należało uznać za chybiony i gołosłowny. Izba wzięła również pod uwagę przyznaną okoliczność, iż na czas rozpatrywania niniejszej sprawy, zamawiający naliczył odwołującemu kary za odstąpienie od umowy zgodnie z umową, które potracił z wiarygodności wzajemnych. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, Izba stanęła na stanowisku, że potwierdziły się i zaistniały wszystkie niezbędne elementy warunkujące konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

W następstwie, Izba uznała, że zamawiający dokonując wykluczenia odwołującego z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty znajdowało uzasadnione podstawy.

Nie znalazł też potwierdzenia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż oferta wykonawcy TRIBO Sp. z o. o., po odrzuceniu oferty odwołującego, była najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku sprawy, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1, pkt 2b, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

